

# Alert

## Corporate Law- Review

### Il *niet* del Consiglio di Stato alla costituzione *online* per le *start-up* innovative: di chi è la colpa?

**PREMESSA.** Si è sollevato un polverone quando il 29 marzo u.s. il Consiglio di Stato ha sancito la fine del processo di costituzione online per le start-up innovative (per come era stato originariamente pensato e normato); e c'è stato chi si è scagliato contro il ricorrente Consiglio Nazionale del Notariato, reo di avere avuto a cuore più i propri interessi di categoria che non la modernizzazione del Paese. Ma, a ben guardare, gli strali – come spesso accade – sono stati rivolti all'indirizzo sbagliato.

1. Una breve ricostruzione dell'antefatto ci aiuterà a comprendere meglio come siano andate le cose. Come si legge nella decisione del Consiglio di Stato, la Legge 24 marzo 2015, n. 33, nel convertire il D.L. 24 gennaio 2015 n.3, ha aggiunto all'art. 4 – che delineava la disciplina delle PMI innovative - il comma 10-bis, così stabilendo: “*Al solo fine di favorire l'avvio di attività imprenditoriale e con l'obiettivo di garantire una più uniforme applicazione delle disposizioni in materia di start-up innovative [...], l'atto costitutivo e le successive modificazioni di start-up innovative sono redatti per atto pubblico **ovvero** per atto sottoscritto con le modalità previste dall'articolo 24 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82*”. Il DM 17.2.2016, nel dare attuazione alla legge sopra richiamata, ha disciplinato le modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata startup innovative, prevedendo – tra le altre cose - che l'atto costitutivo e lo statuto fossero “*redatti in modalità **esclusivamente** informatica ...*” (art. 1, co. 2). Quindi, da che la costituzione online veniva originariamente prevista come **alternativa** a quella tipica per atto pubblico, la norma di attuazione l'ha trasformata in modalità **esclusiva**. Si è quindi incorsi in un marchiano errore di tecnica legislativa, laddove una norma di attuazione (di rango inferiore) - che doveva limitarsi a prevedere un modello uniforme di atto costitutivo e di statuto – è andata ben oltre i propri confini, illegittimamente derogando alla norma primaria.

Già questo rilievo è sufficiente a comprendere che le invettive andrebbero rivolte verso coloro che hanno materialmente scritto la norma illegittima, e non verso chi questa illegittimità ha segnalato dinanzi ai competenti organi giudicanti: ma le criticità non si esauriscono qui. Il provvedimento impugnato, infatti, in assenza di un'adeguata copertura legislativa che lo consentisse, attribuiva al Registro delle Imprese controlli di legalità – in sede di costituzione di start-up – che andavano ben oltre i controlli meramente formali demandati all'Ufficio dalla legge. Altrettanto censurabile, quando si tratti di start-up innovativa costituita in modalità informatica, è l'automatismo, previsto dal provvedimento impugnato, in forza del quale, venuti meno in capo alla società i requisiti per l'iscrizione nella sezione speciale del Registro delle Imprese, questa venga di diritto ascritta alla sezione ordinaria: e questo in quanto si darebbe così luogo, di fatto e senza copertura legislativa, ad una modifica delle norme sulla costituzione delle società di capitale (per le quali permane l'obbligo della costituzione in forma di atto pubblico).

## Alert

### Corporate Law- Review

2. La pronuncia del Consiglio di Stato, come si è detto, ha fatto scalpore: ma forse, come si è già in parte cercato di spiegare, per motivi sbagliati: in discussione non è mai stato il nuovo corso – quello della digitalizzazione – ma il presidio della legalità, formale e sostanziale. Non è infatti tollerabile che una norma di attuazione deroghi a quanto stabilito da una norma primaria, di rango superiore. Inoltre, non può essere ignorato il precetto di derivazione comunitaria in forza del quale *“in tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico”* (art. 10 Direttiva (UE) 2017/1132).

Ebbene, viste le prerogative del Registro delle Imprese, che esercita per legge funzioni di controllo meramente formale e non c.d. qualificatorio, la procedura di costituzione in modalità informatica, per come prefigurata, finiva o per confliggere con il richiamato precetto, o per riconoscere di fatto al Registro delle Imprese funzioni in aperto contrasto con il quadro legislativo vigente. Il meno che si possa dire è che chi ha curato la redazione del corpo normativo che ha introdotto la costituzione in modalità informatica per le start-up innovative ha peccato di leggerezza.

3. Qual è dunque il futuro della costituzione in formalità informatica? Ricordiamo che la Direttiva (UE) 2019/1151 ha stabilito che entro il 1 agosto 2021 gli Stati membri debbano adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie *“affinché la costituzione online delle società possa essere completamente svolta online, senza che i richiedenti debbano comparire di persona dinanzi a un'autorità o a qualsiasi persona o organismo incaricato a norma del diritto nazionale di occuparsi di qualunque aspetto della costituzione online delle società, compresa la redazione dell'atto costitutivo di una società”*. Quindi, il nostro legislatore, facendo tesoro anche di quanto rilevato nel pronunciamento del Consiglio di Stato, dovrà approntare un'infrastruttura che consenta la costituzione online delle società, facendo salvi i controlli di legalità di cui alla citata Direttiva (UE) 2017/1132.

In tale prospettiva, all'indomani della pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato, si è svolto un incontro tra i rappresentanti del notariato e il ministro Giancarlo Giorgetti che ha avuto ad oggetto la creazione da parte del notariato di una piattaforma online per le start-up innovative finalizzata a rendere più semplici e meno costosi tutti gli adempimenti e garantendo, al tempo stesso, tutti gli standard di sicurezza, dagli statuti alla correttezza delle procedure, per le neo imprese (fonte, MISE).

A tal fine sarà bene tener conto di un dato statistico significativo: nel 2020 solo il 37% delle start-up innovative hanno optato per la costituzione online (fonte, MISE): e questo nonostante la congiuntura pandemica avrebbe dovuto stimolare ancor più il ricorso alla modalità informatica. Il problema, apparentemente, è riconducibile sia alla complessità che alle lungaggini della procedura: in media, una start-up innovativa costituita online attende 41 giorni per ottenere l'iscrizione nella sezione speciale: anche se nel 2020 i tempi di attesa medi si sono ridotti a 27 giorni (fonte, MISE), che continuano comunque a non essere pochi.

# Alert

## Corporate Law- Review

La nuova infrastruttura, quindi, oltre a far salvi i controlli di legalità, dovrà far sì che la procedura risponda a criteri di efficienza più consoni alla transizione digitale in corso di modo che la costituzione online possa essere completata *“più facilmente, più rapidamente e in modo più efficace sotto il profilo delle tempistiche e dei costi”*: cfr. Direttiva (UE) 2019/1151.

26.05.2021

**La presente Newsletter ha il solo scopo di fornire aggiornamenti e informazioni di carattere generale. Non costituisce pertanto un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutiva di una consulenza legale specifica.**

**Gianmatteo Nunziante, Partner**

**E:** g.nunziante@nmlex.it

**T.:** +39 06 695181

**Sandra Cimbolli, Associate**

**E:** s.cimbolli@nmlex.it

**T.:** +39 02 6575181

**Per chiarimenti o informazioni potete contattare agli autori oppure il Vostro Professionista di riferimento all'interno dello Studio.**

[www.nunziantemagrone.it](http://www.nunziantemagrone.it)